

Computerrecht 2015/161



Aflevering Computerrecht 2015, afl. 5

Publicatiedatum 19-08-2015

Auteur A. Carton ^[1]

Titel

De Belgische dataretentiewetgeving na het vernietigingsarrest van 11 juni 2015: another one bites the dust?

Samenvatting

De vernietiging van de Belgische dataretentiewetgeving door het Grondwettelijk Hof bij arrest van 11 juni 2015 (*Computerrecht* 2015/164) doet vragen rijzen naar de gevolgen hiervan voor de internet service providers en naar de beperkingen die het proportionaliteitsbeginsel oplegt aan toekomstige dataretentiewetgeving. Dit artikel gaat hierop in, en onderzoekt ook in welke mate het nieuwe voorontwerp van wet inzake dataretentie een antwoord biedt op de kritiek van het Hof van Justitie en het Grondwettelijk Hof.

Tekst

1. Inleiding

De Richtlijn 2006/24/EG ^[2] (hierna aangehaald als "Dataretentierichtlijn") beoogde een harmonisering van de bewaarplicht van bepaalde door de aanbieders van openbaar beschikbare elektronische communicatiediensten of openbare communicatienetwerken gegenereerde of verwerkte gegevens. ^[3] Deze richtlijn werd in België omgezet d.m.v. een wet van 30 juli 2013 ^[4] (hierna: "wet van 30 juli 2013"), die o.m. het artikel 126 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie (hierna: "wet elektronische communicatie") integraal vervangen heeft. ^[5]

Recent heeft het Grondwettelijk Hof de wet van 30 juli 2013 vernietigd bij arrest van 11 juni 2015. ^[6] Dit arrest komt niet bepaald als een verrassing.

Eerder oordeelde het Hof van Justitie op 8 april 2014 in het arrest *Digital Rights Ireland* (zaken C-293/12 en C-594/12) dat de Dataretentierichtlijn ongeldig is. Volgens het Hof heeft de Europese wetgever de door het proportionaliteitsbeginsel gestelde grenzen geschonden die hij op grond van de artikelen 7 en 8 van het Handvest van de Grondrechten van de EU in acht had moeten nemen (met name de bescherming van het privéleven en van communicaties en de bescherming van persoonsgegevens). ^[7]

Ook in een heel aantal andere lidstaten werd nationale datawetgeving als ongrondwettig beschouwd. Het Duitse Bundesverfassungsgericht vernietigde al een aantal jaren voor het *Digital Rights Ireland*-arrest van het Hof van Justitie de Duitse wetgeving inzake dataretentie. ^[8] Na de ongeldigverklaring van de Dataretentierichtlijn volgden het Verfassungsgerichtshof van Oostenrijk ^[9] en een aantal andere grondwettelijke hoven in de EU ^[10]. Bij vonnis van 11 maart 2015 stelde de Rechtbank in Den Haag de Nederlandse Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens buiten werking in het kader van een kortgedingprocedure. ^[11] En zeer recent (op 17 juli 2015) oordeelde de High Court of Justice in het Verenigd Koninkrijk dat een deel van de *Data Retention and Investigatory Powers Act 2014* strijdig is met het EU-recht en met ingang van 1 april 2016 niet langer kan worden toegepast. ^[12]

Deze bijdrage gaat eerst in op de inhoud van het arrest van het Grondwettelijk Hof van 11 juni 2015 (§2) en de gevolgen hiervan voor de internet service providers (§3). Daarna wordt de vraag beantwoord welke beperkingen het proportionaliteitsbeginsel oplegt aan toekomstige dataretentiewetgeving (§4). Tot slot volgt een analyse van het recente voorontwerp van wet inzake dataretentie dat beoogt een antwoord te bieden op de kritiek van het Hof van Justitie en het Grondwettelijk Hof (§5) en een besluit (§6).

2. Inhoud van het arrest van 11 juni 2015

In februari 2014 (nog voor het *Digital Rights Ireland*-arrest) hebben de Ordre des barreaux francophones et germanophone, de vzw Liga voor Mensenrechten en de vzw Ligue des Droits de l'Homme bij het Grondwettelijk Hof vernietigingsberoepen ingesteld tegen de wet van 30 juli 2013.

In het arrest van 11 juni 2015 stelt het Grondwettelijk Hof vast dat de wet van 30 juli 2013 op een aantal essentiële punten niet verschilt van de Dataretentierichtlijn en volgt daarbij de redenering van het Hof van

Justitie in het *Digital Rights Ireland*-arrest.

Net zoals deze richtlijn, is de wet ook van toepassing op personen voor wie er geen enkele aanwijzing bestaat dat hun gedrag – zelfs maar indirect of van ver – een verband vertoont met de in de bestreden wet opgesomde inbreuken (overw. B.10.1). Er geldt geen verband tussen de gegevens die moeten worden bewaard en een bedreiging van de openbare veiligheid (overw. B.10.2). Voorts roept de generiek bepaalde bewaarperiode^[13] bezwaren op in het licht van de proportionaliteit, aangezien geen onderscheid wordt gemaakt op basis van het type gegevens of categorie van personen (overw. B.10.4). Het Grondwettelijk Hof geeft toe dat artikel 126, §5, 3° van de wet elektronische communicatie weliswaar de toegangsrechten tot de bewaarde gegevens bepaalt, maar bekritiseert dat de wet daarvoor geen materiële en procedurele voorwaarden vaststelt (overw. B.10.4).^[14] Er ligt volgens het Hof dan ook een schending voor van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel, gelezen in samenhang met het proportionaliteitsbeginsel en de door het Hof van Justitie geschonden geachte bepalingen van het Handvest van de Grondrechten van de EU, die aanleiding geeft tot vernietiging van de wet van 30 juli 2013.

3. Gevolgen van het arrest van 11 juni 2015 voor de internet service providers

Tot voor het arrest van 11 juni 2015 was de situatie voor internet service providers (hierna: “ISP’s”)^[15] duidelijk.

Een wetskrachtige akte die een richtlijn omzet heeft een autonoom bestaan, die niet afhankelijk is van het voortbestaan van de Europese richtlijn die hiermee werd omgezet. Het enkele feit dat het Hof van Justitie de Dataretentierichtlijn ongeldig heeft verklaard, betekent dus op zich niet dat de nationale wetgeving ter omzetting van de Dataretentierichtlijn ongeldig is.^[16] ISP’s bleven er dus toe gehouden om hun wettelijke verplichtingen inzake het bewaren van bepaalde gegevens te respecteren.

De vernietiging door het Grondwettelijk Hof van de wet van 30 juli 2013 heeft tot gevolg dat de betrokken wet met terugwerkende kracht uit de rechtsorde is gehaald en in beginsel nooit bestaan heeft.^[17] Een dergelijke vernietiging heeft tot gevolg dat particulieren niet door een vernietigde bepaling gebonden kunnen zijn of er rechten uit kunnen halen en dat overheidsinstanties er niet langer op mogen steunen.

Een geïsoleerde lezing van het arrest nr. 84/2015 van 11 juni 2015 zou kunnen doen vermoeden dat de verdere bewaring van data naar Belgisch recht noodzakelijkerwijs ongrondwettig is. Deze visie lijkt echter onjuist, aangezien geen rekening wordt gehouden met de juridische context:

- Het koninklijk besluit van 19 september 2013 tot uitvoering van artikel 126 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie (hierna “KB van 19 september 2013”) bestaat nog steeds en legt o.m. verplichtingen op aan aanbieders van diensten en netwerken.
- Er lijkt nog steeds minstens gedeeltelijk een wettelijke basis te bestaan voor dit KB van 19 september 2013. Het “oude” (oorspronkelijk in de wet elektronische communicatie ingevoegde) artikel 126 van de wet elektronische communicatie – dat niet het voorwerp uitmaakte van de vernietigingsprocedure bij het Grondwettelijk Hof – lijkt als gevolg van de vernietiging van het “nieuwe” (door de wet van 30 juli 2013 ingevoegde) artikel 126 van de wet elektronische communicatie te herleven.^[18] In dit verband stelde een federaal parlementslid na het arrest van 11 juni 2015 de vraag of het KB van 19 september 2013 nog geldig is, nu het geen wettelijke basis meer heeft. De Minister van Justitie antwoordde dat “*we terugvallen op versie van de wet die al de principes van een verplichte dataretentie voor doelstellingen van strafrecht en veiligheid omvatte en verwees naar een koninklijk besluit*” en dat “*het beginsel van dataretentie dus juridisch toepasbaar blijft*”.^[19]

Hoewel naar Belgisch recht nog steeds regelgeving inzake dataretentie bestaat, lijkt het arrest nr. 84/2015 wel gevolgen te hebben voor het personeel en materieel toepassingsgebied van deze regelgeving voor de Belgische ISP’s.

Met name lijkt het personeel toepassingsgebied van de “oude” versie van artikel 126 van de wet elektronische communicatie beperkt.^[20] Daarnaast voorzag het “nieuwe” artikel 126 van de wet elektronische communicatie de bewaringstermijn van alle relevante gegevens, terwijl in het “oude” artikel 126 van de wet elektronische communicatie enkel nog een bewaringstermijn bepaalt voor gegevens m.b.t. telefoniediensten^[21], waardoor de vraag rijst of bijvoorbeeld voor internetdiensten nog dataretentie mogelijk is.

Op dit ogenblik bestaat er voor de Belgische ISP’s dus significante rechtsonzekerheid over de draagwijdte van de verplichtingen inzake dataretentie. Een volledig nieuw regelgevend kader – dat best op Europees niveau wordt uitgewerkt^[22] – lijkt dan ook noodzakelijk.

4. Welke beperkingen legt het proportionaliteitsbeginsel op aan toekomstige dataretentiewetgeving?

Een zeer belangrijke vraag voor de toekomstige (nationale en/of Europese) wetgeving lijkt alvast de invulling van de – door het Hof van Justitie in het arrest *Digital Rights Ireland* geschonden geachte – proportionaliteitsvoorwaarde te zijn. In dit verband bestaat er onduidelijkheid over de draagwijdte van dit arrest. Moet toekomstige wetgeving rekening houden met *alle* elementen die het Hof van Justitie tot een schending van

het proportionaliteitsbeginsel heeft doen besluiten (algemene opslag van alle data zonder onderscheid tussen personen; geen objectieve criteria die toegang van de bevoegde nationale autoriteiten tot de gegevens begrenzen...)? Of kan wetgeving die meer waarborgen biedt voor een deel van deze elementen de toets aan het fundamenteel recht op privacy doorstaan?

In het arrest van 11 juni 2015 gaat het Grondwettelijk Hof slechts beperkt in op deze vraag. Het Hof benadrukt weliswaar meermaals dat de wet van 30 juli 2013 te algemene regels voorziet op het vlak van de bewaring van data, ^[23] maar stelt in essentie vast dat deze wet grote gelijkenissen vertoont met de Dataretentierichtlijn. De wet van 30 juli 2013 wordt vernietigd “ *[o]m dezelfde redenen als die welke het Hof van Justitie van de Europese Unie ertoe hebben gebracht de ‘Dataretentierichtlijn’ ongeldig te verklaren* ”, ^[24] zonder concrete analyse van een aantal bijzonderheden van de Belgische wetgeving. ^[25]

De beknopte analyse van het Grondwettelijk Hof is een gemiste kans voor de rechtsontwikkeling, aangezien de interpretatie van de toepassing van de proportionaliteitsvoorwaarde in het arrest *Digital Rights Ireland* het voorwerp uitmaakt van debat. Sommigen stellen dat een algemene opslag van data zonder onderscheid van alle gebruikers na dit arrest van het Hof van Justitie onmogelijk is geworden. ^[26] De High Court of Justice van het Verenigd Koninkrijk legt in haar recente uitspraak van 17 juli 2015 daarentegen de nadruk op het belang van waarborgen inzake de toegang tot de data en stelt:

“(...) the ratio of *Digital Rights Ireland* is that legislation establishing a general retention regime for communications data infringes rights under Articles 7 and 8 of the EU Charter, unless it is accompanied by an access regime (laid down at national level) which provides adequate safeguards for those rights.” ^[27]

Volgens dit rechtscollege was het Hof van Justitie “ *not indicating that communications data can only be retained if they relate to particular geographical areas, or to particular individuals likely to be involved in serious crime* ”. ^[28] Eerder oordeelde een Nederlandse rechter in kort geding in dezelfde zin al dat “ *uit het arrest van het Hof niet [kan] worden afgeleid dat een (...) ruime bewaarplicht hoe dan ook niet evenredig is ten opzicht van het beoogde doel* ”, maar dit arrest wel “ *hoge eisen*” veronderstelt voor waarborgen inzake de toegang tot de gegevens. ^[29]

De visie van de High Court of Justice en de Nederlandse rechter in kort geding over de mogelijkheid van een algemene bewaarplicht lijkt op goede gronden verdedigbaar. Het is immers niet werkbaar om in toekomstige wetgeving bijvoorbeeld concrete criteria vast te stellen en op die basis een onderscheid te maken tussen “potentiële criminelen” en anderen, en voor deze laatste categorie een temporeel en/of geografisch beperktere (of zelfs helemaal geen) opslagverplichting te voorzien. ^[30] Op grond van welke criteria zou een dergelijke “blacklist” kunnen worden opgesteld binnen de grenzen van het gelijkheidsbeginsel en het fundamentele recht op een privé-leven? Daarnaast zou een “geïndividualiseerde” opslag van data veel onnodige administratieve kosten met zich meebrengen. Zo zou een entiteit (bv. de uitvoerende macht; de ISP’s zelf...) de bevoegdheid moeten krijgen om deze lijst op te stellen en up-to-date te houden en zouden individuen wellicht over procedurele mogelijkheden moeten beschikken om een opname op een dergelijke lijst aan te vechten. Een heldere regelgeving met duidelijke beperkingen en concrete waarborgen voor de toegangsrechten tot de data lijkt een veel beter alternatief.

Het Hof van Justitie krijgt de kans om zich uit te spreken over de verenigbaarheid van algemene dataopslag met het Handvest van de Grondrechten. Een Zweeds rechtscollege stelde in dit verband immers recent een prejudiciële vraag over een Europese richtlijn uit 2002, die eerder door de (inmiddels vernietigde) Dataretentierichtlijn is geamendeerd. ^[31] Een antwoord kan wellicht pas rond eind 2016 verwacht worden en zal dus geen meerwaarde kunnen bieden voor nieuwe wetgevende initiatieven op korte termijn, zoals het hierna besproken nieuwe voorontwerp van wet betreffende de bewaring van gegevens in de elektronische-communicatiesector.

5. Analyse van het nieuwe voorontwerp van wet betreffende de bewaring van gegevens in de elektronische-communicatiesector

Vrijwel onmiddellijk na het vernietigingsarrest van het Grondwettelijk Hof werd al reparatiewetgeving voorbereid. Inmiddels heeft de Belgische telecomregulator BPT een raadpleging georganiseerd over het nieuwe voorontwerp van wet betreffende de bewaring van gegevens in de elektronische-communicatiesector (hierna: “voorontwerp”). ^[32] Het lijkt inderdaad bijzonder nuttig om de ISP’s te betrekken bij het voorontwerp, aangezien de nieuwe dataretentieregels zullen moeten afgestemd zijn op de technische mogelijkheden van ISP’s tot het aanpassen en beveiligen van hun dataopslagprocessen.

Mogelijk zullen nog wijzigingen worden aangebracht aan dit voorontwerp, en het zal wellicht nog enkele weken of maanden duren vooraleer het federale parlement een finale versie van deze wet zal goedkeuren. Hierna volgt dan ook slechts een eerste evaluatie van de krachtlijnen van dit voorontwerp, dat ook de gedeeltelijke omzetting beoogt van de richtlijn inzake privacy en elektronische communicatie (Richtlijn 2002/58/EG). ^[33]

In dit voorontwerp wordt opnieuw een ruimer materieel en personeel toepassingsgebied van de dataretentieregulering beoogd, naar het voorbeeld van het vernietigde artikel 126 van de wet elektronische communicatie. De regelgeving is van toepassing op “ *de aanbieders aan het publiek van telefoniediensten, via internet inbegrepen, van internettoegang, van e-mail via het internet, de aanbieders van de onderliggende*

openbare elektronische- communicatienetwerken, alsook de operatoren die een van deze diensten of netwerken verstrekken” (ontwerp van artikel 126, §1, eerste lid van de wet elektronische communicatie).^[34]

Het meest opvallend is dat het nieuwe voorontwerp uitgaat van het standpunt dat de rechtspraak van het Hof van Justitie en het Grondwettelijk Hof niet verhindert dat de gegevens van alle personen op ongedifferentieerde wijze worden bewaard. In de memorie van toelichting wordt er terecht op gewezen dat een meer gerichte opslag van data onwerkbaar is en een keuze voor “profiling” van individuen impliceert, met daarmee samenhangende risico’s op discriminatie.^[35]

Het beginsel van algemene dataretentie moet op grond van dit voorontwerp wel worden “gecompenseerd” door een striktere regeling van andere aspecten. Zo omvat dit ontwerp een limitatieve lijst van de overheden die de bewaarde data mogen ontvangen en worden voorwaarden daartoe uitdrukkelijk opgesteld.^[36] Daarnaast voorziet een nieuw ontwerpartikel 126/1 van de wet elektronische communicatie een wettelijke verankering van de bevoegdheden en het beroepsgeheim van de leden van de Coördinatiecel die de gegevens verstrekken aan de autoriteiten. Een belangrijke innovatie is ook de differentiatie op grond van de categorieën van gegevens. De gegevens over de communicatiediensten (bv. over de verbruikte volumes) mogen op grond van het wetsontwerp slechts 2 maanden worden bijgehouden, i.t.t. de bewaarperiode van 12 maanden voor identificatiegegevens (cfm. wie is houder van een bepaald gsm-nummer).^[37] De aanbieders en operatoren moeten ook de gegevens op het grondgebied van de Europese Unie bewaren en zorgen voor technologische beveiliging die de bewaarde gegevens onleesbaar en onbruikbaar maken voor elke onbevoegde persoon.^[38]

Ondanks deze (en andere) nieuwe garanties, lijkt het echter ook in de benadering dat algemene dataretentie mogelijk is niet geheel zeker dat het voorontwerp aan de proportionaliteitsvoorwaarde voldoet. Op grond van het voorontwerp geldt in beginsel nog steeds een vrij langdurige bewaarplicht (9 of 12 maanden^[39]) voor verbindings- en lokalisatiegegevens (cfm. de plaats van een communicatie) en persoonlijke communicatiegegevens (cfm. wie heeft gecommuniceerd met wie).^[40] De “brede” benadering van het vernietigde artikel 126 van de wet elektronische communicatie blijft voorts behouden, aangezien de bewaarde data bv. ook door inlichtingendiensten kunnen worden gebruikt. Ook is het nog steeds de bedoeling om het opvragen van data voor zowat elk misdrijf mogelijk te maken. Voor misdrijven die met gevangenisstraf van minder dan een jaar gesanctioneerd worden kan het opvragen van verkeers- en lokalisatiegegevens weliswaar niet langer, maar het verkrijgen identificatiegegevens voor dit type misdrijven blijft wel mogelijk (weliswaar beperkt tot de gegevens van de laatste zes maanden).^[41] En terwijl het Grondwettelijk Hof in het arrest van 11 juni 2015 kritiek gaf op de algemene toepassing van de wet van 13 juli 2013 op “personen van wie de communicaties onder het beroepsgeheim vallen”, voorziet het voorontwerp enkel in bijkomende waarborgen voor advocaten, artsen en journalisten (en niet voor andere beroepsgroepen die ook door het beroepsgeheim kunnen gebonden zijn).^[42]

6. Besluit

Het arrest van het Grondwettelijk Hof van 11 juni 2015 ligt in de lijn van uitspraken van het Hof van Justitie en verschillende nationale rechterlijke instanties in de EU, die telkens een onverenigbaarheid tussen dataretentiewetgeving en het recht op privacy vaststelden. Naar Belgisch recht heeft het arrest nr. 84/2015 echter niet tot gevolg dat het juridische kader voor dataretentie volledig is verdwenen. Door de onduidelijke draagwijdte van het “oude” artikel 126 van de wet elektronische communicatie, is het echter hoogst onzeker welke regels inzake dataretentie momenteel gelden.

Vooralsnog valt het af te wachten in welke vorm het federale parlement het nieuwe voorontwerp van wet betreffende de bewaring van gegevens in de elektronische-communicatiesector zal goedkeuren. De Belgische wetgever staat hierbij voor de moeilijke taak om een pragmatisch evenwicht te vinden tussen de nood aan een efficiënt instrument bij het bestrijden van criminaliteit en het recht op privacy. In het voorontwerp van wet wordt in dit verband op goede gronden geargumenteerd dat algemene dataretentie mits met de nodige waarborgen verenigbaar kan zijn met het fundamentele recht op een privé-leven. De rechtsvraag of het geheel van de garanties in de nieuwe wetgeving leidt tot de conclusie dat daadwerkelijk is voldaan aan het proportionaliteitsvereiste, zal wellicht het voorwerp uitmaken van een parlementair debat, en zal mogelijk ook leiden tot een nieuwe procedure bij het Grondwettelijk Hof.

Voetnoten

[1] Mr. Arne Carton is advocaat bij het kantoor Stibbe te Brussel en is daarnaast praktijkassistent bij het Instituut voor Administratief Recht aan de KU Leuven.

[2] Richtlijn 2006/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 maart 2006 betreffende de bewaring van gegevens die zijn gegenereerd of verwerkt in verband met het aanbieden van openbaar beschikbare elektronische communicatiediensten of van openbare communicatienetwerken en tot wijziging van Richtlijn 2002/58/EG.

[3] Uit de artikelen 1, lid 2, en 5, lid 2 van de Richtlijn 2006/24 volgt dat het gaat om zgn. “metadata” zoals gsm-nummers waar een persoon naar gebeld heeft of IP-adressen van een bezochte website. De mogelijkheid om de inhoud van de communicatie te bewaren is uitgesloten van het toepassingsgebied van deze richtlijn

- (HvJ EU, Digital Rights Ireland, C-293/12 en C-594/12, 8 april 2014, overw. 28).
- [4] Wet van 30 juli 2013 houdende wijziging van de artikelen 2, 126 en 145 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie en van artikel 90decies van het Wetboek van strafvordering.
- [5] Artikel 5 van de wet van 30 juli 2013.
- [6] Het arrest is beschikbaar op www.const-court.be/public/n/2015/2015-084n.pdf.
- [7] HvJ EU, Digital Rights Ireland, C-293/12 en C-594/12, 8 april 2014. Zie voor een bespreking van dit arrest o.m.: H. Hijmans, "De ongeldigverklaring van de Dataretentierichtlijn: een nieuwe stap in de bescherming van de grondrechten door het Hof van Justitie", *NTER* 2014, nr. 7, 251; M.E. Koning, noot bij arrest HvJ EU, C-293/12 en C-594/12, *EHRC* 2014, nr. 7, 140.
- [8] Bundesverfassungsgericht, arrest van 2 maart 2010, nr. 256/08, 263/08 en 586/08. Zie over dit arrest meer uitgebreid: E. de Vries, R. Bellanova, P. de Hert en S. Gutwirth, "The German Constitutional Court Judgment on Data Retention: Proportionality Overrides Unlimited Surveillance (Doesn't It?)", in S. Gutwirth, Y. Pouillet, P. de Hert en R. Leenes (eds.), *Computers, privacy and data protection: an element of choice*, Springer, 2011, 3-24.
- [9] Oostenrijks Verfassungsgerichtshof, arrest G 47/2012 van 27 juni 2014. Voor een officieuze Engelse vertaling, zie: www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/attachments/1/5/8/CH0006/CMS1409900579500/erwaegungeneng28082014.pdf.
- [10] Zo bijvoorbeeld Sloveë (schorsingsarrest van 23 april 2014); Sloveë (uitspraak van 3 juli 2014); Roemenië (uitspraak van 8 juli 2014); Bulgarije (uitspraak van 12 maart 2015).
- [11] Vonnis van 11 maart 2015, rolnummer C/09/480009 / KG ZA 14/1575 (*stichting Stichting Privacy First e.a./Nederlandse Staat*), *Computerrecht* 2015/88, afl. 3, m.nt. F.C. van der Jagt.
- High Court of Justice, *The Queen on the application of David Davis MP e.a./the Secretary of State for the Home Department*, 17 juli 2015; zie: www.judiciary.gov.uk/judgments/david-davis-and-others-v-secretary-of-state-for-the-home-department. Het lijkt onduidelijk of de keuze voor een voorlopige handhaving van deze wetgeving verenigbaar is met rechtspraak van het Hof van Justitie op grond waarvan een nationale rechter die vaststelt dat een nationale regeling onverenigbaar is met het EU-recht, niet mag voorzien dat deze
- [12] bepalingen gedurende een overgangperiode verder mogen worden toegepast, en dit wegens de voorrang van het rechtstreeks toepasselijke recht van de Unie (cfr. HvJ EU 8 september 2010, C-409/06, Winner Wetten GmbH). Het Europees kader inzake dataretentie is na het *Digital Rights Ireland*-arrest immers niet volledig verdwenen (cfr. Richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie).
- [13] De wet van 30 juli 2013 voorzag een bewaarperiode van in beginsel 12 maanden, meer dan het onder de Dataretentierichtlijn geldende minimum van 6 maanden.
- In de parlementaire voorbereiding bij de wet van 30 juli 2013 wordt inderdaad benadrukt dat deze wet (en evenmin het KB dat eraan uitvoering geeft) geen concrete regels vaststelt voor de toegang voor de overheidsdiensten (*Parl. St.* Kamer 2012-13, nr. 2921/1, 15). Het Hof gaat in het arrest van 11 juni 2015 echter niet in op de procedurele regels voorzien door bijvoorbeeld de artikelen 46bis en 88bis van het Wetboek van Strafvordering.
- [14] Het vernietigde artikel 126 van de wet elektronische communicatie was van toepassing op " *de aanbieders van aan het publiek aangeboden vaste telefoniediensten, mobiele telefoniediensten, internettoegangsdiensten, internet-e-maildiensten, of internettelefoniediensten, en de aanbieders van de onderliggende openbare elektronische communicatienetwerken* ". Deze categorie van aanbieders wordt hierna aangehaald als "internet service providers".
- [15] In die zin ook: advies van de Nederlandse Raad van State van 17 juli 2014, No.W03.14.0161/II/Vo, p. 3.
- Terwijl de High Court of Justice in het Verenigd Koninkrijk wel voorzien heeft in een matigende werking in de tijd, heeft het Grondwettelijk Hof in casu dus geen gebruikgemaakt van de mogelijkheid om de gevolgen van de vernietigde wet voorlopig te handhaven voor een bepaalde termijn (artikel 8, derde lid van de Bijzondere Wet op het Grondwettelijk Hof).
- [17] In die zin ook: C. Conings en F. Verbruggen, "Grondwettelijk Hof plaatst reparateurs dataretentiewet voor moeilijke opdracht", *Juristenkrant* 2015, nr. 312, 24 juni 2015, 1.
- [18] Verklaring van minister Koen Geens in de Kamer van Volksvertegenwoordigers, *Parl. Hand.* Kamer, 16 juni 2015, CRIV 54, COM 194, p. 18 (vrije vertaling van de verklaring in het Frans: " *[O]n revient (...) à une version de la loi qui contenait déjà les principes de la rétention obligatoire des données pour des finalités pénales et de sécurité, tout en renvoyant à un arrêté royal. Le principe de la rétention des données reste donc bien juridiquement applicable.* "). Ook de Minister van Digitale Agenda en Telecom verklaarde in het federale parlement dat het arrest nr. 84/2015 niet kan leiden tot het besluit dat geen enkel juridisch kader meer bestaat omtrent dataretentie (Verklaring van minister Alexander De Croo in de Kamer van Volksvertegenwoordigers, *Parl. Hand.* Kamer, 23 juni 2015, CRIV 54, COM 201, p. 11).
- [19] Het "oud" artikel 126 van de wet elektronische communicatie is van toepassing op " *operatoren*", terwijl de
- [20] "nieuwe" (vernietigde) versie ruimer is en geldt voor " *de aanbieders van aan het publiek aangeboden vaste telefoniediensten, mobiele telefoniediensten, internettoegangsdiensten, internet-e-maildiensten, of*

internettelefoniediensten, en de aanbieders van de onderliggende openbare elektronische communicatienetwerken”.

- [21] “Oud” artikel 126, §2 van de wet elektronische communicatie. Daarbij wordt een termijn van “ *niet minder dan twaalf en niet meer dan zesendertig maanden*” voorzien. In het licht van de arresten van het Hof van Justitie en het Grondwettelijk Hof lijkt het aangewezen om deze bepaling te interpreteren als een termijn van twaalf maanden (en niet langer).

- [22] Eerder stelde de Europese wetgever immers dat het nefast is voor de werking van de interne markt voor elektronische communicatie als aanbieders van diensten geconfronteerd worden met uiteenlopende voorschriften voor de categorieën te bewaren verkeers- en locatiegegevens, de bewaringsvoorwaarden en bewaringstermijnen (cfr. overw. 6 van de vernietigde Dataretentierichtlijn). Op korte termijn lijken er vooralsnog geen wetgevende initiatieven op EU-niveau te komen. In april 2015 verklaarde Europees commissaris Avramopoulos dat de Europese Commissie ter zake geen voorstellen zou doen (www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2015-002894&Language=EN). De Luxemburgse Minister van Justitie stelde in juli 2015 dat na het *Data Rights Ireland*-arrest “ *very varied situations*” bestaan in de EU en het Luxemburgs voorzitterschap daarom beoogt om te beginnen met “ *a process to study this matter*” (www.eu2015lu.eu/en/actualites/articles-actualite/2015/07/pe-auditions-libe-schneider-asselborn-braz/index.html).

- [23] Overw. B.10.1, overw. B.10.2 en overw. B.10.4.

- [24] Overw. B.11.

- [25] Zo heeft de federale wetgever er bijvoorbeeld voor geopteerd om alle in België als misdrijf of wanbedrijf gekwalificeerde misdrijven te beschouwen als “ernstige criminaliteit” in de zin van artikel 1 van de Dataretentierichtlijn (artikel 126, §2, a van de wet elektronische communicatie *juncto* artikelen 46bis en 88bis van het Wetboek van strafvordering; zie ter zake ook het standpunt van de Ministerraad, vermeld in punt A.9.2.6.2 van het arrest).

- [26] In de rechtsleer wordt ter zake gesteld dat “ *indiscriminate data retention (‘blanket approach’)*” niet langer aanvaardbaar is na het *Data Rights Ireland*-arrest (M. Granger, “The Court of Justice and the Data Retention Directive in Digital Rights Ireland: telling off the EU legislator and teaching a lesson in privacy and data protection”, *ELRev* 2015, 848; in dezelfde zin: O. Lynskey, “The Data Retention Directive is incompatible with the rights to privacy and data protection and is invalid in its entirety: Digital Rights Ireland”, *CML Rev* 2014, nr. 51, 1804). Ook de Nederlandse Afdeling advisering van de Nederlandse Raad van State is van oordeel dat vereist is dat “ *aanwijzingen bestaan dat er een verband bestaat tussen het gedrag van de personen van wie gegevens worden opgeslagen en zware criminaliteit* ” en “ *een verband [moet] bestaan tussen de gegevens die worden bewaard en een bedreiging van de openbare veiligheid* ” (Advies van de Nederlandse Raad van State van 17 juli 2014, No.W03.14.0161/II/Vo, p. 10). De Belgische Minister van Ontwikkelingssamenwerking, Digitale Agenda, Telecommunicatie en Post lijkt dezelfde redenering te volgen, aangezien hij in antwoord op een vraag over het arrest nr. 84/2015 stelde: “ *ik volg persoonlijk de redenering van het Hof dat wij niet zomaar alle burgers als potentiële verdachten kunnen beschouwen* ” (Verklaring van minister De Croo in een parlamentscommissie van de Kamer van Volksvertegenwoordigers, *Parl. Hand.* Kamer, 23 juni 2015, CRIV 54, COM 201, 7-8).

- [27] High Court of Justice, *The Queen on the application of David Davis MP e.a./the Secretary of State for the Home Department*, 17 juli 2015, overw. 89.

- [28] High Court of Justice, o.c., overw. 85.

- [29] Vonnis van 11 maart 2015, rolnummer C/09/480009 / KG ZA 14/1575 (*stichting Stichting Privacy First e.a./Nederlandse Staat*), *Computerrecht* 2015/88, afl. 3, m.nt. F.C. van der Jagt.

- [30] Vonnis van 11 maart 2015, o.c., overw. 3.8 (“ (...) een beperking van de gegevens die moeten worden opgeslagen tot de gegevens van verdachte burgers [is] niet goed denkbaar met het oog op het doel van (...) de doeltreffende opsporing van zware criminaliteit. In geval van een first offender kan immers niet reeds op voorhand een onderscheid gemaakt worden tussen verdachte en niet-verdachte burgers .”). In dit verband wees de Mechelse onderzoeksrechter Philippe Van Linthout eveneens op de praktische moeilijkheden om bepaalde groepen te gaan cibleren, aangezien de overheid uiteraard geen “glazen bol” heeft waarmee kan voorspeld worden welke (categorieën van) personen een strafbaar feit gaan plegen (“Een gitzwarte dag voor justitie”, *De Morgen*, 27 juni 2015, p. 42). In die zin ook A. Diesfeldt en F. de Graaf, “Dataretentie: Een kwestie van alles of niets”, *NJB* 2015/592, afl. 12, p. 747 en C. Conings en F. Verbruggen, “Grondwettelijk Hof plaatst reparateurs dataretentiewet voor moeilijke opdracht”, *Juristenkrant* 2015, nr. 312, 24 juni 2015, 3. Eenzelfde probleem stelt zich voor specifieke regels voor de opslag van data van personen die een beroepsgeheim moeten respecteren, waar het Grondwettelijk Hof in overweging B.10.1 van het arrest van 11 juni 2015 naar verwijst: niet alle gegevens van deze personen vallen immers onder het beroepsgeheim en ook deze personen kunnen betrokken zijn bij een misdrijf.

- [31] HvJ EU, C-203/15, *Tele2 Sverige AB* (prejudiciële vraag van 4 mei 2015 over de Richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie). Een van de prejudiciële vragen luidt als volgt: “ *Is een algemene verplichting [zoals beschreven in het verzoek om een prejudiciële beslissing], om met het oog op wetshandhaving op strafrechtelijk gebied verkeersgegevens te*

bewaren, welke verplichting zich zonder enig onderscheid, enige beperking of uitzondering uitstrekt tot alle personen, alle elektronische communicatiemiddelen en alle verkeersgegevens, verenigbaar met artikel 15, lid 1, van richtlijn 2002/58/EG, gelezen in samenhang met de artikelen 7, 8 en 52, lid 1, van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie? ”.

- [32] Zie: Raadpleging door de Raad van het BIPT van 31 juli 2015 op het verzoek van de vice-eersteminister en de Minister van Digitale Agenda, Telecommunicatie en Post betreffende het voorontwerp van wet betreffende de bewaring van gegevens in de elektronische-communicatiesector (www.bipt.be/public/files/nl/21534/Raadpleging_voorontwerp_van_wet_bewaring_van_gegevens.pdf).
- [33] Richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie. Deze richtlijn is eerder geamendeerd door de (nadien vernietigde) Dataretentierichtlijn.
- [34] De formulering is wel “technologieneutraler”: terwijl het vernietigde artikel 126 van de wet elektronische communicatie bijvoorbeeld onder meer verwees naar de aanbieders aan het publiek van vaste telefonie, mobiele telefonie of internettelefonie, wordt in het voorontwerp geopteerd voor zo de ruim mogelijke omschrijving “de aanbieders aan het publiek van telefoniediensten, via internet inbegrepen”.
- [35] Memorie van toelichting van het voorontwerp, p. 10.
- [36] Ontwerp van artikel 126, §2 van de wet elektronische communicatie.
- [37] Ontwerp van artikel 126, §3 van de wet elektronische communicatie.
- [38] Ontwerp van artikel 126, §4, 4° en 5° van de wet elektronische communicatie.
- [39] In het voorontwerp is over deze duurtijd nog geen duidelijke keuze gemaakt.
- [40] Ontwerp van artikel 126, §3 van de wet elektronische communicatie.
- [41] Zie de voorgestelde wijzigingen aan de artikelen 88bis en 46bis van het Wetboek van Strafvordering door de artikelen 8 en 9 van het voorontwerp.
- [42] Vgl. artikel 458 van de Strafwet inzake het beroepsgeheim, dat op niet-limitatieve wijze verwijst naar “geneesheren, heilkundigen, officieren van gezondheid, apothekers, vroedvrouwen, en alle andere personen, die uit hoofde van hun staat of beroep kennis dragen van geheimen die hun zijn toevertrouwd”.